

【論 説】

不能犯論と実行の着手論

—— 実務刑法学の視点からの一考察 ——

大 塚 裕 史

目 次

- 1 はじめに
- 2 不能犯に関する判例理論の検討
 - (1) 未遂犯と不能犯との区別に関する判例の基準に対する見方
 - (2) 方法の不能に関する判例の動向
 - (3) 客体の不能に関する判例の動向
 - (4) 区別基準に関する判例実務の思考枠組み
- 3 不能犯と実行の着手の関係
 - (1) 不能犯と未遂犯の関係に関する学説状況
 - (2) 不能犯と実行の着手の相互関係

1 はじめに

我が国の刑法学は、これまで犯罪体系論や犯罪構造論などの刑法理論を基軸とした理論刑法学として発展してきた。そこでは、あるテーマに関する様々な学説が批判的な検討の対象とされ、あるべき学説の方向性が模索されてきた。このような刑法学においては、判例実務の考え方も 1つの見解として、論者の依拠する刑法理論の立場から批判の対象とされることが多かった。

しかし、2004年に法科大学院制度が創設されてから、研究者も法科大学院の教育に携わるようになり、「実務と理論の架橋」が叫ばれる中で、従来以上に判例実務に対する関心が高まるようになった。もともと、研究者にとっては判例の考え方も 1つの見解に過ぎないため、研究者の手による刑法の体系書・概説書・教科書

は、依然として、学説中心の刑法学となっている。しかし、刑事実務が判例を中心に展開されていることは紛れもない事実であり、そのような判例の考え方に正面から光を当て、個々の事案に対する裁判所の解決方法を分析し、そこから判例実務に共通の思考枠組みを抽出し、それを既存の刑法理論を参考にしつつ理論化し、さらにその射程や限界を明らかにする刑法学—それは理論刑法学との対比で実務刑法学とでも呼ぶべきものである—が、今こそ必要なのではないかと思われる。判例実務を批判的に検討する前に、検討の対象となる判例実務を正確に理解することが重要であり、実務家とは異なる立場から、研究者が公平・中立の眼で判例実務の姿を客観的に描写することにはそれなりの意味があると考え⁽¹⁾。

本稿は、このような問題意識から、未遂犯と不能犯の区別に関する判例・裁判例に焦点を当て、そこに共通する判例実務の基本的な思考枠組みを客観的に明らかにすることを課題とするものである。

本稿で検討する問題は次の2つである。第1は、未遂犯と不能犯の区別について、判例は、当初、絶対的不能・相対的不能区別説を採用していたが、その後、特に下級審裁判例においては、具体的危険説に親和的な判示が多く、実質的には具体的危険説ないしそれに近い立場を採用しているのではないかという見方が一般的となっているが、果たしてそのように評価してよいかについては疑問の余地がある。そこで、本稿では、この問題をめぐる判例・裁判例を分析することにより、判例実務に対する従来の評価が適切であるかどうかを検討したい。

第2は、未遂犯と不能犯は実行の着手をめぐる表と裏の問題であるというのが従来の一般的な理解である。表裏の関係というのは、「不能犯にならなければ未遂犯となる」、「不能犯になれば未遂犯にはならない」という関係を意味する。たしかに、判文をみても「不能犯ではなく未遂犯である」旨の表記がなされることが多

(1) 筆者は、このような問題意識から、刑法解釈論の重要テーマを「判例実務」がどのように解決しているかを客観的に描写し、それを法科大学院生その他の学習者に提示する試みとして、「応用刑法Ⅰ—総論」と題する連載を法学セミナー 729号（2015年10月）以降、毎号公表している。この連載の直接的な狙いは、学習者に判例実務の考え方をわかりやすく説明することにあるが、筆者としては、理論刑法学にどっぷりつかってきた一研究者として、自分の理論的立場はひとまず脇に置き、判例・裁判例やそれに対する実務家の論説・解説を精読し、そこから判例実務の根底に流れる思考枠組みを客観的に明らかにし、それを理論的観点から検討するためのいわば準備作業を行うという意味が込められている。

い。しかし、「不能犯になれば未遂犯にはならない」のはその通りであるとしても、「不能犯にならないければ未遂犯である」とは必ずしもいえないのではないかという疑問がある。そこで、本稿では、不能犯論と実行の着手論との関係を改めて考察することにした。

2 不能犯に関する判例理論の検討

(1) 未遂犯と不能犯との区別に関する判例の基準に対する見方

不能犯とは、行為者としては犯罪を実現する意思で行為したが、その行為の性質上、結果を発生することのおよそ不可能な場合をいう。

未遂犯と不能犯との区別基準については、大別して行為者の危険性に注目する主観的未遂論と行為の危険性に注目する客観的未遂論に分類されるが、今日では主観的未遂論を支持する者はほとんどなく、客観的未遂論が圧倒的多数である。客観的未遂論は、未遂犯の危険性を行為の危険性に求める。そして、行為の危険性の判断にあたり、何を判断資料とし、どのような基準で判断するかをめぐる具体的危険説と客観的危険説が対立している。

具体的危険説とは、一般人が認識可能な事情及び（一般人にとって認識不可能であっても）行為者が特に認識していた事情を基礎とし（判断資料）、行為時に（事前判断）、一般人の立場（判断基準）から危険性を判断する見解をいう。この見解は、違法性の本質を結果無価値だけでなく行為無価値を考慮する立場から主張され、支持者も少なくない。

しかし、具体的危険説には次のような問題点がある。第1に、客観的に存在した事実ではなく、一般人が認識可能な事情を基礎にして危険性を判断すると、客観的に存在した事実は一般人が認識できないときは存在しなかったことになり、事実を過度に抽象化して危険性を判断することになる。

第2に、行為時に一般人を基準に危険性を判断することは、一般人が法益侵害の不安を感じれば危険性が認められることになる。しかし、刑法は法益そのものを保護しているのであって、一般人のもつ法益侵害の不安感を保護するものではない。

一般人を基準に危険性を判断すると、科学法則を全く無視することになるので、科学的にみて危険であっても一般人が無知のためそれを知らなければ危険性が否定されてしまうし、科学的にみて危険が全くなくても一般人が無知のためそれを知らなければ危険性が肯定されてしまう。このような結論は極めて不当である。

これに対し、客観的危険説とは、客観的に存在する全事情を基礎とし（判断資料）、裁判時に（事後判断）、科学法則を基準（判断基準）に危険性を判断する見解をいう。この見解は、違法性の本質を結果無価値に求める立場から有力に主張されている。

しかし、事後的・科学的に危険性を判断すると、結果が発生しなかったのには必ず原因があり、結果不発生の場合のすべてが不能犯となってしまうというのが客観的危険説の最大の難点である。そこで、客観的危険説を基本的に支持しながらもこれに修正を加える学説が多い。

未遂犯と不能犯とを区別する基準に関し、判例がいかなる立場をとっているかについては理解の仕方が分かれている。

この点、大審院及び最高裁の初期の判例は、いずれも絶対的不能という文言を判文の中で用いることが多かったため、当時の判例は絶対的不能・相対的不能区別説に立脚して言われてきた。しかし、戦後の、特に下級審裁判例は、具体的危険説の影響を受けたとみられる判示が増えている。また、昭和 54 年に（後述の）ピース缶爆弾事件最高裁判決が具体的危険説に近い立場を採用したとみられていることから、判例の立場としては、当初は絶対的不能・相対的不能区別説に立脚していたが、その後は、実質的には具体的危険説的基準に依拠して事案の解決を図っており、近時は、その立場により傾いてきたと指摘されている⁽²⁾。また、判例の結論は、いずれも具体的危険説の立場からは容易に導き出され得るが、徹底した客観的危険説の立場では困難な場合が多く、近時は、具体的危険説に親和的な説示が多くみられるという指摘もある⁽³⁾。

さらに、具体的危険説に親和的というにとどまらず、具体的危険説そのものを採用しているとみる見解もある。例えば、野村稔教授は、「判例は具体的危険説に

(2) 中川隆夫「相手の存在を確認しないまま、一般的に人を殺害できる行為に及んだ場合と殺人（未遂）罪の成否」石川弘＝松本時夫編『刑事裁判実務体系 9 巻・身体的刑法犯』（青林書院、1992 年）59 頁。

(3) 裁判所職員総合研修所監修『刑法総論講義案〔4 訂版〕』（司法協会、2016 年）333 頁。

よっているといってもよい」と明言される⁽⁴⁾。また、伊東研祐教授も、「現在では、概ね具体的危険説を基調としていると解するのが一般のように思われる」と指摘している⁽⁵⁾。

実務家の中にも、「外見上、絶対的不能・相対的不能説によっているかにみえる判例も、実は行為の危険性を考慮して未遂犯か不能犯かを論じているとみられるものが大部分であり、したがって、判例は、実質的には、具体的危険説あるいはそれに近い立場によっているとも解し得る」という指摘もある⁽⁶⁾。また、方法の不能の場合は絶対的不能・相対的不能区別説でも説明できないことはないが、客体の不能の場合は絶対的不能・相対的不能区別説では説明できないとする指摘もある⁽⁷⁾。

こうして、判例は具体的危険説に近い立場をとっているというのが現在の実務家の最大公約数的な見解であるといえよう。

これに対し、全く逆の見方もある。例えば、佐伯仁志教授は、「判例は、伝統的に、未遂犯か不能犯かを、絶対的不能か相対的不能かで区別しており、現在に至るまでこれを変更する最高裁判例は出ていない。…判例の立場は、事後的・客観的に結果発生の可能性を判断する点で、客観的危険説と評価することができる。」と主張し⁽⁸⁾、高橋則夫教授も、「判例の傾向として、危険の判断について、一般人から見た事前の危険判断ではなく、事後的・客観的に結果発生の可能性を判断しており、基本的に客観的危険説の立場にたっている」と指摘している⁽⁹⁾。

また、山口厚教授は、『『方法の不能』の事案では、結果発生の可能性が科学的な根拠を問題としてかなり客観的に判断されている場合が多いが、その一部の判決及

(4) 野村稔『未遂犯の研究』（成文堂、1984年）378頁。

(5) 伊東研祐『刑法講義総論』（日本評論社、2010年）318頁。

(6) 中川綾子「不能犯」池田修＝杉田宗久編『新実例刑法〔総論〕』（青林書院、2014年）288頁。

(7) 大塚仁＝河上和雄＝中山善房＝古田佑紀編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第4巻』（青林書院、2013年）61頁〔三好幹夫執筆〕。

(8) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）352頁。前田雅英教授も、判例は絶対的不能か相対的不能という基準を伝統的にとっており、現在でも特に問題は生じていないと明言する（前田雅英『刑法総論講義〔第6版〕』（東大出版会、2015年）114頁。

(9) 高橋則夫『刑法総論〔第3版〕』（成文堂、2016年）401頁。松原芳博教授も、判例は基本的に客観的危険説に依拠しており、具体的危険説に親和的と評価されている裁判例も、客観的危険説に依拠したものと理解することも不可能ではないとされる（松原芳博『刑法総論〔第2版〕』（日本評論社、2017年）337—338頁。

び『客体の不能』に関する判決では、一般人の危惧感が援用されて、…具体的危険説に近い基準で未遂犯の成立が肯定されている」と指摘し⁽¹⁰⁾、金澤真理教授も、「方法（手段）の不能に分類される事案に関しては、一般人の感覚を援用しつつ、実際には、客観的な結果発生の可能性が判断資料に取り込まれている」が「客体の不能については、一貫して具体的危険説に則った判断が下されている。」と説明している⁽¹¹⁾。

これらの指摘は、方法の不能については、基本的に客観的危険説に依拠するものの、客体の不能の場合は具体的危険説に近い立場に立っていることを認めるものである。しかし、方法の不能と客体の不能とで基準が異なるとい理由はないという批判がある⁽¹²⁾。

このように、未遂犯と不能犯の区別に関する判例の基準をどのように理解するかについては見解が分かれ、基本的に客観的危険説に依拠しているという見方も一部には有力に主張されているものの、判例は具体的危険説ないしそれに近い立場に依拠しているという見方が一般的であり、とりわけ実務家の間ではそれがほぼ定説となっている。

しかし、果たして判例が具体的危険説ないしそれに近い立場をとっているといえるであろうか。この点を解明するために、代表的な判例・裁判例を方法の不能の事案と客体の不能の事案とに分けてその判示内容を検証することにした。

(2) 方法の不能に関する判例の動向

判例実務において、方法の不能の事案において、不能犯が認められた例は極めて少ない。大審院判例として次のものがある。

① 〔判例 1〕大判大 6・9・10 刑録 23 輯 999 頁〔硫黄事件〕

本件は内縁の夫を殺害するために硫黄粉末を 2 回にわたり汁鍋、水薬にそれぞれ混入して飲用させたが効果がなく、その翌日に絞殺を遂げたという事案である。これに対し、大審院は「殺意ヲ以テ 2 箇ノ異ナル殺害方法ヲ他人ニ施シタル處第 1 ノ方法ヲ以テシテハ殺害ノ結果ヲ惹起スルコト絶對ニ不能ニシテ単タ他人ヲ傷害

(10) 山口厚『刑法総論〔第 3 版〕』（有斐閣、2016 年）288 頁。

(11) 浅田和茂＝井田良編『新基本法コンメンタール刑法〔第 2 版〕』（日本評論社、2017 年）151 頁〔金澤真理執筆〕。

(12) 中川・前掲注 (6)「不能犯」287 頁。

シタルニ止マリ第2ノ方法ヲ用キ始メテ殺害ノ目的ヲ達シタルトキハ右2箇ノ行為カ孰レモ同一ノ殺意ニ出テタリトスルモ第1ノ方法ニ依ル行為カ殺人罪トシテ純然タル不能犯ニ属スル場合ニ於テハ殺人罪ニ間擬スヘカラサルハ勿論ニシテ若シ該行為ノ結果カ傷害罪ニ該当スルニ於テハ殺人罪トシテハ不能犯ナルモ傷害罪ヲ以テ之ヲ処断スヘク第2ノ方法ニ依ル殺人罪ノ既遂ト連続犯ノ関係ヲ有スル殺人罪ノ未遂ヲ以テ論スヘキニ非ス」と判示し、硫黄粉末を飲ませる行為については殺人罪の不能犯とした上で傷害罪の成立を肯定している。

本判決は、不能犯となる理由として「殺害ノ結果ヲ惹起スルコト絶對ニ不能ニシテ」と述べており、絶對的不能・相對的不能區別説に立っているとされている。絶對的不能・相對的不能區別説とは、裁判時までには明らかになった全事情を基礎に、結果発生がおよそ不可能である場合を絶對的不能として不能犯とし、結果発生がそれ自体としては可能であるが特定の状況の下でたまたま結果が発生しなかった場合を相對的不能として未遂犯とする見解をいう。この見解は、古い客觀説とも呼ばれ、客觀的危險説の原型としてその一種として位置づけられる。判例上、毒物の投与がたまたま致死量に至らなかったという事例は相對的不能とされるが、硫黄粉末の場合は投与量を増やしたとしても絶對に致死結果は生じないことから絶對的不能とされたものである。なお、本件は、具体的危險説によるときは、硫黄の粉末の効果に関する科学的知識を知らない一般人を基準にすると危險性が肯定されることになるので、本判決の結論を具体的危險説から説明することは困難である。

最高裁判所の判例で不能犯を肯定したものは存在しないが、高裁判例の中には不能犯を肯定したものが2つある。

② 【判例2】東京高判昭29・6・16 東高刑時報5巻6号236頁

本件は、長い間、地中に埋められていた手榴弾を用いて人を殺害しようとしたが、導火線の質的变化等のために本来の性能を欠き、爆発力を誘起し得なかったという事情がある場合に、殺人未遂罪の成否が争われた事案である。これに対し、東京高裁は、「円筒内の主爆薬たるピクリン酸は格別変質してはいなかったけれど点火雷管と導火線との結合も悪く又導火線が湿気を吸収して質的变化を起こしそのため手榴弾本来の性能を欠いており、たとえ安全装置を外し撃針に衝撃を与えても爆発力を誘起し得ないもので、これを爆発せしめるは工場用の巨大なハンマーを使

用し急激な摩擦を与えるか或は摂氏 200 度以上の熱を加えるに非ざれば到底不可能である」と認定した上で、「手榴弾たる性能を失い単に鉄筒内に爆薬があるだけの物を、手榴弾としての普通の用法に従い安全栓を外し、撃針に衝撃を与えて投げても爆発させることができず、従ってこれを以って爆発物を使用したものということができな」と同時にその爆発力を利用して人を殺害せんとしても、その目的とした危険状態を発生する虞はない」として殺人未遂罪の成立を否定している。

本判決は、殺害結果の惹起が「絶対的に不可能である」という文言は使用していないが、「その爆発力を利用して人を殺害せんとしても、その目的とした危険状態を発生する虞はない」と判示しており、殺害結果を惹起することがおよそ不可能であることを不能犯とする根拠としているので、絶対的不能・相対的不能区別説に依拠したものといえる。具体的危険説からは不能犯という結論を基礎づけることは困難である。

③ [判例 3] 東京高判昭 37・4・24 高刑集 15 巻 4 号 210 頁

本件は、覚せい剤製造に際し、使用した主原料が真正のフェニルメチルアミノプロパン等を含有していなかった事案において、覚せい剤製造未遂罪の成否が争われた事案である。これに対し、東京高裁は「一応所定の製造工程を経て製品を製造したけれども、これに用いた原末が真のフェニルメチルプロパン、又はフェニルメチルアミノプロパンを含有していなかったため、その製品全部を廃棄したことがうかがわれ、記録に現われた爾余の証拠をもってしても、覚せい剤を製造したとの事実を認めるに足りない。しかも右のように覚せい剤の主原料が真正の原料でなかったため、覚せい剤を製造することができなかった場合は、結果発生の危険は絶対に存しないのであるから、覚せい剤製造の未遂罪をも構成しないものというべきである。」と判示した。

本判決は、「覚せい剤の主原料が真正の原料でなかったため、覚せい剤を製造することができなかった場合は、結果発生の危険は絶対に存しない」ことを根拠に不能犯であることを肯定したものであり、その文言からして絶対的不能・相対的不能区別説に依拠したものといえる。

他方、不能犯が争われたもののそれが否定された判例は数多く存在する。まず、

薬物等の異物を被害者の体内に摂取させて殺害しようとしたケースとしては次の2つの判例が重要である。

④ 【判例4】 最判昭24・1・20 刑集3巻1号47頁〔青酸カリ米飯混入事件〕

本件は、被告人が殺意をもって青酸カリを炊飯釜に投入したところ、炊いた米飯の異様な臭いと味のため被害者が喉を刺すような刺激を感じて食事を中止した場合において殺人未遂罪の成否が争われた事案である。これに対し、最高裁は、「暗い所で食事を採ることは普通考えられないことでありまた青酸加里を入れて炊いた本件米飯が黄色を呈し臭気を放っているからといって何人もこれを食べることは絶対にないと断定することは実験則上これを肯認し得ない」ことから不能犯の主張を排斥し、殺人未遂罪の成立を肯定している。

本件では、青酸カリを米飯に混入しており、青酸カリを入れて炊いた本件米飯が黄色を呈し臭気を放っているからといって何人もこれを食べることは絶対にないと断定できないとしていることから、結果発生がおよそ不可能である場合には当たらないので不能犯ではないと判断したものである。本判決も絶対的不能・相対的不能区別説に依拠したものといえる。

⑤ 【判例5】 最判昭37・3・23 刑集16巻3号305頁〔空気注射事件〕

本件は、自己の姪を殺害してひそかに保険金を取得しようとした被告人が、注射器を使用して姪の両腕の静脈内に1回ずつ蒸留水5ccとともに空気合計30ないし40ccを注射したが、致死量（70ccないし300cc）に至らなかったため殺害の目的を遂げなかった行為について殺人未遂罪の成否が争われた事案である。これに対し、最高裁は、「原判決並びにその是認する第一審判決は、本件のように静脈内に注射された空気の量が致死量以下であっても被注射者の身体的条件その他の事情の如何によっては死の結果発生の危険が絶対にないとはいえないと判示しており、右判断は、原判示挙示の各鑑定書に照らし肯認するに十分であるから、結局、この点に関する所論原判示は、相当である」と判示して、不能犯を否定し、殺人未遂罪の成立を肯定している。

注目すべきは、本件原判決が、「医師でない一般人は人の血管内に少しでも空気を注入すればその人は死亡するに至るものと観念されていたことは、被告人等4名がいずれも同様観念していた事実及び当審における証人Fの証言に徴し明らかで

あるから、人体の静脈に空気を注射することはその量の多少に拘らず人を死に致すに足る極めて危険な行為であるとするのが社会通念であったというべきである。してみれば被告人等は一般に社会通念上は人を殺すに足るものとされている人の静脈に空気を注入する行為を敢行したものであって、被告人等の本件行為が刑法第 199 条にいう『人を殺す』行為に該当することは論をまたない」と述べている点である（東京高判昭 36・7・18 高刑集 14 巻 4 号 250 頁）。この判示から明らかなように、原判決は具体的危険説を採用している。

これに対し、第一審判決の鑑定によれば、致死量未満の空気注射をした場合であっても、被害者の体質、健康状態、注射方法等によっては死亡することはあり得るし、心臓、肺、脳に疾患がある者であれば、健康人を基準に算出された致死量未満の空気注射で死亡することは容易に考えられる。そこで、最高裁は、「人体の静脈に空気を注射することはその量の多少に拘らず人を死に致すに足る極めて危険な行為である」とする社会通念の存在には一切言及せず⁽¹³⁾、「静脈内に注射された空気の量が致死量以下であっても被注射者の身体的条件その他の事情の如何によっては死の結果発生の危険が絶対にはないとはいえない」ということだけを不能犯を否定する論拠としてあげている。

このことから、本判決は、具体的危険説に依拠することなく、事後的な科学的な観点から行為の危険性を肯定したものであるといえる。ただ、本判決の結論自体は具体的危険説からも肯定できるケースである。

同様に、覚せい剤の製造に関し不能犯が争われた事案において、[判例 3]とは異なり不能犯の成立が否定された判例として次のものがある。

⑥ [判例 6] 最決昭 35・10・18 刑集 14 巻 12 号 1559 頁〔覚せい剤製造失敗事件〕

本件は、被告人が 5 回にわたり塩酸エフェドリンを主原料としてその他の薬品及び機械器具を使って覚せい剤の製造にあたったが、それに用いた触媒の塩化パラジウムの量が過少であったため塩酸クロロエフェドリンを産出したにとどまり、覚せい剤を製造することができなかった点について覚せい剤製造未遂罪の成否が争わ

(13) 藤井一雄『最高裁判所判例解説刑事篇昭和 37 年度』77 頁は、判例が社会通念に言及しなかったのは、空気注射という稀有な殺害手段が人を殺すに足るものとする社会通念の存在を是認することに躊躇が感じられたためではないかと指摘する。

れた事案である。これに対し、最高裁は、「いやしくも覚せい剤の製造を企て、それに用いた方法が科学的根拠を有し、当該薬品を使用し、当該工程を実施すれば本来覚せい剤の製造が可能であるが、ただその工程中において使用せる或る種の薬品の量が必要量以下であったため成品を得るに至らず、もしこれを2倍量ないし3倍量用うれば覚せい剤の製造が可能であったと認められる場合には、被告人の所為は覚せい剤製造の未遂犯をもって論ずべく、不能犯と解すべきではない」と判示して覚せい剤製造未遂罪の成立を認めている。

本決定には「絶対的不能ではない」旨の文言はない。しかし、「当該薬品を使用し、当該工程を実施すれば本来覚せい剤の製造が可能である」として結果発生がそれ自体としては可能であることを示した後、「工程中において使用せる或る種の薬品の量が必要量以下であった」という特定の状況の下でたまたま結果が発生しなかったのであるから、いわゆる相対的不能の場合に当たり、不能犯ではないとされたものである。少なくとも、一般人の認識可能事情を基礎として一般人が危険を感じるか否かという具体的危険説的な判示はどこにもない。

本決定も、一般人を基準とした危険判断ではなく、科学的な危険判断を行うものである。ただ、本決定に特徴的なのは、触媒の塩化パラジウムの量が「2倍量ないし3倍量用うれば覚せい剤の製造が可能であったと認められる」と判示している部分であり、科学的判断の際に仮定的事実への置き換えによる危険判断が行われている点が注目に値する。

次に、最高裁判例の中で唯一、具体的危険説に近い立場を採用したのではないかとみられている判例として次のものがある。

⑦ 【判例7】 最決昭51・3・16 刑集30巻2号146頁〔ピース缶爆弾事件〕

本件は、煙草ピースの空き缶にダイナマイト等を詰め込みこれに工業用雷管と導火線を結合した手製の爆弾の導火線に点火して機動隊正門に向けて投擲したが爆発しなかったという事情がある場合に、爆発物取締罰則第1条（爆発物使用罪）の「爆発物ヲ使用シタ」に当たるか否かが争われた事案である。

第1審判決（東京地判昭48・10・23 高刑集27巻5号472頁）も控訴審判決（東京高判昭49・10・24 高刑集27巻5号455頁）も、爆発物使用罪は、爆発という結果の発生を構成要件要素としていないので、不能犯に当たるか否かは論ずる余地

がないとして同罪の成立を否定した。

しかし、爆発物使用罪は、爆発の結果を発生させた場合はもちろん、爆発させるような行為に着手したが爆発するに至らなかった場合も爆発物の「使用」として処罰の対象になる。そこで、爆発させるような行為に着手したが爆発するに至らなかった場合には、爆発しなかった原因如何では使用罪として不能犯かどうかの問題が生じ、実質上、爆発結果との関係で「不能犯の法理」の適用が考えられる。

ところで、(第一審判決の認定によれば) 本件爆弾の構造、性質は、導火線の先端に点火すると、その中心にある黒色火薬が徐々に燃焼して末端に及び、その切口から吹き出した炎が、これと接する雷管内の起爆薬及び添装薬を順次爆発させ、それによって生じる熱及び衝撃によって爆弾全体が爆発するはずのものであり、使用されたダイナマイト、工業用雷管及び導火線は、いずれも正常な性能を有していた。それにもかかわらず、本件手製爆弾が爆発しなかった原因は、本件爆弾が、導火線を雷管に固定させる方法として、導火線の末端部分に接着剤をつけてこれを雷管に差し込み、雷管の底面ないし内壁に接着させようとした結果、接着剤が導火線の末端から約 4mm の部分の黒色火薬にしみ込み、それによって黒色火薬が湿りあるいは固化して燃焼しなくなり、導火線の燃焼がこの部分で中断したためであった。

そこで、最高裁は、「本件爆弾の構造、性質については、原判示のとおり、『導火線の先端に点火すると、その中心にある黒色火薬が徐々に燃焼して末端に及び、その切口から吹き出した炎が、これと接する雷管内の起爆薬及び添装薬を順次爆発させ、それによって生じる熱及び衝撃によって爆弾全体が爆発するはずのものであった』というのであるから、その構造上なんら不合理な点は認められないうえ、使用されたダイナマイト、工業用雷管及び導火線は、いずれも正常な性能を有していたと認められるので、本件爆弾が、導火線に点火すれば燃焼して工業用雷管を爆発させ、これがダイナマイトを起爆させて爆弾全体が爆発すべき基本的構造、性質を有していたことは明らかであるところ、たまたま、導火線を工業用雷管に取り付け固定するのに際して塗布された接着剤が導火線内の黒色火薬にしみ込み、それによって右部分の黒色火薬が湿りあるいは固化して燃焼しなくなり、導火線の燃焼がこの部分で中断したため爆発しなかったというのである。そして、…鑑定書によれば、導火線を工業用雷管に取り付け固定するのに接着剤を塗布することは通常の方法とはいえないとしても、これを塗布したすべての場合に導火線の燃焼と工業用雷管

の爆発が妨げられるものではないことがうかがわれ、更に、記録によると、本件行為当時、被告人は、導火線を工業用雷管に取り付けるに際して接着剤を使用することが燃焼中断、不爆発の原因となるとは全く予想しておらず、かえって接着剤によって導火線が雷管に一層強度に固定され、したがって、導火線に点火すれば確実に爆発する構造、性質を有する爆弾であると信じており、また、一般人においてもそのように信ずるのが当然であると認められる状況にあったことがうかがえるのである。」とした上で、「前記説示の事実関係を前提とすれば、本件爆弾には原判示のような欠陥はあったものの、これは基本的構造上のものではなく、単に爆発物の本体に付属する使用上の装置の欠陥にとどまるものであるから、法的評価の面からみれば、導火線に点火して投げつけるという方法により爆発を惹起する高度の危険性を有するものと認められ、したがって、被告人らが爆発物取締罰則 1 条所定の目的で、本件爆弾の本来の用法に従い、これを爆発させようとして導火線に点火して、警察官らが立番中の第 8・第 9 機動隊の正門にめがけて投げつけた行為は、結果として爆発しなかったとしても、爆発物を爆発すべき状態においたものであり、同条にいう『爆発物ヲ使用シタル者』にあたりと解すべきである。」と判示した。

本判決は、不能犯の法理の適用がある旨を明示はしていないが、実質的に限り、本件は不能犯には当たらないと判断しているといえる。

問題は、本判決が「被告人は、導火線を工業用雷管に取り付けるに際して接着剤を使用することが燃焼中断、不爆発の原因となるとは全く予想しておらず、かえって接着剤によって導火線が雷管に一層強度に固定され、したがって、導火線に点火すれば確実に爆発する構造、性質を有する爆弾であると信じており、また、一般人においてもそのように信ずるのが当然であると認められる状況にあったことがうかがえるのである。」と判示している点である。

この点に注目し、行為当時の行為者の認識及び一般人の認識を認定していることから、本判決は具体的危険説ないしそれに近い立場を採用したと一般にみられている⁽¹⁴⁾。

(14) 例えば、井田良教授は、本判決を「具体的危険説と親和性を有する危険判断の方法を示した」と評している（井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008 年）417 頁）。また、川田宏一「不能犯」小林充＝植村立郎編『刑事事実認定重要判決 50 選（上）〔第 2 版〕』（立花書房、2013 年）も本判決について「具体的危険説的な理解に立って解決を図ったものと評価されている」と述べている。さらに、内藤丈夫『最高裁判所判例解説刑事篇昭和

しかし、本判決は、行為当時の行為者の認識及び一般人の認識を持ち出す以前に、「本件爆弾が、導火線に点火すれば燃焼して工業用雷管を爆発させ、これがダイナマイトを起爆させて爆弾全体が爆発すべき基本的構造、性質を有していたことは明らかである」とし、爆発しなかった原因を「たまたま、導火線を工業用雷管に取り付け固定するのに際して塗布された接着剤が導火線内の黒色火薬にしみ込み、それによって右部分の黒色火薬が湿りあるいは固化して燃焼しなくなり、導火線の燃焼がこの部分で中断したため爆発しなかった」と認定している。その上で、「導火線を工業用雷管に取り付け固定するのに接着剤を塗布することは通常の方法とはいえないとしても、これを塗布したすべての場合に導火線の燃焼と工業用雷管の爆発が妨げられるものではない」と判示している。

このように、本判決は、行為者の認識や一般人の認識を持ち出すまでもなく、導火線を工業用雷管に取り付け固定するのに接着剤を塗布した場合であっても爆発することが科学的にあり得ることを説明しており、その意味では、[判例 6]と同様、本件が相対的不能の事案であったから不能犯を否定したものと思われる。

たしかに、本判決は事後的・科学的な危険判断の後、行為者の認識や一般人の認識を不能犯でないことを示す補強的な理由として付加しているが、不能犯を否定した基本点な理由は科学的にみて危険性が肯定できるからであり、客観的な爆発の可能性がないにもかかわらず、一般人の事前的な危険感に基づいて危険性を肯定したものでないことに注意する必要がある。したがって、本判決をもって、判例が具体的危険性に傾いたとみるのは明らかに行き過ぎである⁽¹⁵⁾。

下級審裁判例の中にも、具体的危険説に近い立場を採用したのではないかとみられる裁判例がある。

⑧ [判例 8] 岐阜地判昭 62・10・15 判タ 654 号 261 頁〔天然ガス漏出事件〕

本件は、被告人が、都市ガスを部屋に充満させ、子どもを道連れに無理心中を図ったが、訪問者に発見されて目的を遂げなかったという事情がある場合に、殺人未遂罪の成否が争われた事案である。これに対し、岐阜地裁は、「本件で被告人が

51 年度』53 頁も、「本件の事実関係についての説示の経緯に照らし、…『具体的危険説』の立場からする解決を排斥するものではないことは明らかである」と指摘している。

(15) 三好・前掲注 (7) 61 頁。

漏出させた都市ガスは天然ガスであり、天然ガスには一酸化炭素が含まれていないから、これによる中毒死のおそれはないことが認められるけれども、他方、前掲証拠によれば、この都市ガスの漏出によって室内の空気中のガス濃度が4.7パーセントから13.5パーセントの範囲内にあった際には、冷蔵庫のサーモスタットなどの電気器具や衣類などから発する静電気を引火源としてガス爆発事故が発生する可能性があったのであり、さらにガス濃度が高まれば、室内の空気が都市ガスに置換されることにより酸素濃度が低下して酸素欠乏症となること、すなわち空気中の酸素濃度が16パーセント以下になれば、人体に脈拍、呼吸数増加、頭痛などの症状が現われ、酸素濃度が10パーセントから6パーセントを持続するか、またはそれ以下になれば、6分ないし8分後には窒息死するに至ることが認められるのであるから、約4時間50分にわたって都市ガスが漏出させられて室内に充満した本件においては、ガス爆発事故や酸素欠乏症により室内における人の死の結果発生危険が十分生じうるものであることは明らかである。」と判示し、その上で、「本件において被告人自身が自殺の用に都市ガスを供したこと、判示犯行の発見者である乙野花子は、ドアなどに内側から目張りがされているのを見、さらに、被告人ら親子3人が室内で川の字に寝ているということを聞いたとき、被告人がガス自殺を図ったものと思つたと供述し、被告人宅の家主である丙野次郎は室内に入った後、親子3人の中のいずれかの頭部付近が少し動いたのを見て、まだ死んでいないなと思つたと供述していることなどに照らすと、一般人はそれが天然ガスの場合であっても、都市ガスを判示のような態様をもつて漏出させることは、その室内に寝ている者を死に致すに足りる極めて危険な行為であると認識しているものと認められ、従って社会通念上右のような行為は人を死に致すに足りる危険な行為であると評価されているものと解するのが相当である。さすれば、被告人の判示所為は、到底不能犯であるということはできない」と判示し、殺人未遂罪の成立を肯定している。

本判決の後半部分は一般人の危険感を根拠に不能犯とはいえないことを説明しているため、本判決は具体的危険説にもっぱら依拠したものであるという見方もある⁽¹⁶⁾。しかし、本判決は、前半部分は明らかに事後的・科学的危険性を基礎づける説明であり、その後に一般人の危険感を基礎とした説明を付加したものである。決して、一般人の危険感を主たる根拠として殺人未遂罪を肯定したのではない。

(16) 野村稔・前掲(4)『未遂犯の研究』424頁。

天然ガスである都市ガスには中毒死の可能性はないが、ガス爆発の可能性や酸素欠乏症による窒息死の可能性があるのであれば、一般人の危険感を持ち出すまでもなく行為自体の科学的危険性から殺人未遂罪の成立を肯定し得る。それにもかかわらず、本判決がこのような説明方法をとったのは、不能犯をめぐる見解の対立があることを踏まえ、いかなる立場を採用しても不能犯が否定されることを説得的に説明しようとしたからに過ぎないのではないであろうか。

⑨ [判例 9] 福岡高判昭 28・11・10 高刑判特 26 号 58 頁 [空ピストル事件]

本件は、勤務中の警察官からけん銃を奪って直ちに警察官を射殺しようとしたが、弾丸が装填されていなかったため殺害を遂げなかったという事情がある場合に、殺人未遂罪の成否が争われた事案である。

これに対し、福岡高裁は、「制服を着用した警察官が勤務中、右腰に装着している拳銃には、常時たまが装てんされているべきものであることは一般社会に認められていることであるから、勤務中の警察官から右拳銃を奪取し、苟しくも殺害の目的で、これを人に向けて発射するためその引鉄を引く行為は、その殺害の結果を発生する可能性を有するものであって実害を生ずる危険があるので右行為の当時、たまたまその拳銃にたまが装てんされていなかったとしても、殺人未遂罪の成立に影響なく、これを以て不能犯ということはできない。」と判示し、殺人未遂罪の成立を肯定している。

本判決が、「制服を着用した警察官が勤務中、右腰に装着している拳銃には、常時たまが装てんされているべきものであることは一般社会に認められている」と判示したことから、本判決は具体的危険説を採用したものと一般に理解されている⁽¹⁷⁾。

たしかに、一般人は警察官が装着しているけん銃に弾丸が装填されているのではないかと思うので具体的危険説によれば未遂犯となることは疑いない。しかし、本判決は一般人の危険感のみを根拠として危険性を肯定したわけではない。

もちろん、徹底した客観的危険説に依拠したものでもない。危険性判断の対象となる事実を抽象化しない限り、奪ったけん銃には実弾が装填されていなかったことを基礎とすれば科学的にみて殺害の危険性はないからである。

(17) 例えば、井田・前掲注 (14)『講義刑法学・総論』417 頁、中川・前掲注 (6)「不能犯」285 頁。

本判決の危険性判断において、本件けん銃に実弾が装填されていなかった理由は、Vが多忙のためたまたま当夜に限り実弾をけん銃に装填することを忘却していたという偶然によるものであり、通常は着装しているけん銃には常時たまが装てんされているという経験的事実が前提とされていることが決定的に重要である。そのことを示したのが、「制服を着用した警察官が勤務中、右腰に着装している拳銃には、常時たまが装てんされているべきものであることは一般社会に認められている」という判示である。そうだとすると、本件けん銃にはたまたま実弾が装填されていなかったが、通常は装填されているのだとすれば、[判例6]と同様、仮定的事実への置き換えによって危険性を肯定することが可能である。

その際に重要なことは、制服を着用した警察官が着装しているけん銃には常時弾丸が装填されているという経験的な事実が客観的に存在していることであり、そのような経験的事実を一般人が認識していることではない。一般人がそれを知らなくても仮定的な事実の存在可能性には影響はない。

したがって、本件事案の事実関係を修正し、被害者の「警察官」を「海上保安官」に置き換えた場合には、殺人未遂罪は成立しない。なぜなら、制服を着用した海上保安官が着装しているけん銃には弾丸が装填されていないというのが経験的事実だからである。すなわち、海上保安官は、緊急事態が発生した場合でなければ、けん銃と実弾は別々に所持しているのが一般である。一般人の認識可能性を基準とする具体的危険説によれば、一般人は海上保安官が着装しているけん銃には弾丸が装填されていると思うであろうから、危険性が認められることになる。しかし、仮定的事実の存在可能性を事後的に判断すれば、海上保安官のけん銃を奪って発砲しようとしたケースでは（警察官の場合と異なり）殺人の危険性は認められないことになる。

(3) 客体の不能に関する判例の動向

判例実務において、客体の不能の事案において、不能犯を肯定した判例は存在しない。むしろ、客体が不存在であっても未遂犯の成立を肯定した代表的な判例として次のものがある。

① [判例 10] 大判大 3・7・24 刑録 20 輯 1546 頁 [空ポケット事件]

本件は、被告人が、墓地を通行中の被害者に対し、突然後方から手で口を押えて引き倒しその懷中物を奪取しようとしたが、懷中物を所持していなかったためにその目的を遂げなかったという事情がある場合に、強盜未遂罪が成立するか否かが争われた事案である。

これに対し、大審院は、「通行人カ懷中物ヲ所持スルカ如キハ普通豫想シ得ヘキ事實ナレハ之ヲ奪取セントスル行爲ハ其結果ヲ發生スル可能性ヲ有スルモノニシテ實害ヲ生スル危険アルヲ以テ行爲ノ當時偶々被害者カ懷中物ヲ所持セサリシカ爲メ犯人カ其奪取ノ目的ヲ達スル能ハサリシトスルモ其ハ犯人意外ノ障礙ニ因リ其著手シタル行爲カ豫想ノ結果ヲ生セサリシニ過キスシテ未遂犯ヲ以テ處斷スルニ妨ケナキモノ」として強盜未遂罪の成立を肯定した。

実務においては、客体の不能の事案の中でも、特に、強盜罪、窃盜罪の目的物が存在しなかった事案を不能犯とみる感覚はそもそも存在しないとされている⁽¹⁸⁾。学説の中にも、領得罪のうち未遂処罰のある窃盜・強盜・詐欺・恐喝の各移転罪については、客体の不存在の場合は、その理由の如何を問わず未遂犯の成立が認められるべきであるという主張もある⁽¹⁹⁾。

本件の場合、客觀的危険説からは、懷中物を所持していないという客觀的事実を基礎にすれば強盜は不可能であるから不能犯となる。これに対し、具体的危険説からは、通行人は一般に懷中物を所持しているという（一般人が認識可能な）事実を基礎にする限り、一般人は「強取」の危険を感じるので強盜未遂罪が成立することになる。そして、本判決が「通行人カ懷中物ヲ所持スルカ如キハ普通豫想シ得ヘキ事實ナレハ」としていることから、本判決は具体的危険説に依拠していると評価する見解もある⁽²⁰⁾。

しかし、「通行人カ懷中物ヲ所持スルカ如キハ普通豫想シ得ヘキ事實」というのは、通行人は一般的には懷中物を所持しているという經驗的事実を述べたにすぎ

(18) 三好・前掲注(7) 61 頁。

(19) 和田俊憲「不能犯の各論的分析・試論の覚書」『町野朔先生古稀記念・刑事法・医事法の新たな展開上巻』(信山社、2014 年) 239 頁。和田教授は、その理論的根拠を一般予防の必要性に求める。

(20) 例えば、井田・前掲注(14)『講義刑法学・総論』417 頁。具体的危険説からは説明できても、絶対的不能・相対的不能区別説から説明することは相当困難であると指摘するのは、三好・前掲注(7) 894 頁、内藤・前掲注(14)『最判解昭和 51 年度』61 頁。

ず、通常あるべき物が「たまたま」なかったのだから、相対的不能に過ぎないと理解することも可能である。

本判決は、被害者が懐中物を所持していた客観的可能性が認められることを基礎に未遂犯を認めたと解する余地も十分ある。方法の不能に関する〔判例9〕が、通常であれば勤務中の警察官のけん銃には実弾が装填されていることから、実弾が装填されていた客観的可能性が認められることを基礎に危険性を肯定したのと同じ考え方である。そうだとすると、本判決をもって、具体的危険説を採用したとか、それに親和的な判例であると評することは妥当でない。

最高裁判例ではないが、客体が不存在であっても未遂犯の成立を肯定した裁判例として次のものがある。

②〔判例11〕広島高判昭36・7・10高刑集14巻5号310頁〔死体殺人事件〕

本件は、けん銃で狙撃され3発の弾丸を頭部等に受けて純医学的には死亡していた被害者に対し、まだ生きているものと信じてとどめを刺そうとして日本刀でその身体を突き刺した事案において、殺人未遂罪の成否が争われた事案である。

本件において、第一審判決は、被告人が日本刀で突き刺した時点で被害者がまだ生きていたという事実を認定し殺人罪の成立を認めた（山口地判昭34・7・8判例集未登載）。

これに対し、広島高裁は、被害者が既に死亡していたという鑑定を採用した上で、「被害者の生死については専門家の間においても見解が岐れる程医学的にも生死の限界が微妙な案件であるから、単に被告人が加害当時被害者の生存を信じていたという丈けでなく、一般人も亦当時その死亡を知り得なかったであろうこと、従って又被告人の前記のような加害行為により被害者が死亡するであろうとの危険を感じずるであろうことはいづれも極めて当然というべく、かかる場合においては被告人の加害行為の寸前に被害者が死亡していたとしても、それは意外の障害により予期の結果を生ぜしめ得なかったに止り、行為の性質上結果発生の危険がないとは云えないから、被告人の所為は殺人の不能犯と解すべきでなく、その未遂罪を以て論ずるのが相当である。」と判示して、殺人未遂罪の成立を肯定した。

本判決は、明らかに具体的危険説に親和的な判断である。すなわち、「被告人が加害当時被害者の生存を信じていたという丈けでなく、一般人も亦当時その死亡を

知り得なかったであろうこと」と判示しているが、これは、被害者が既に死亡していたという客観的事実を一般人が認識することが不可能であり、かつ、行為者もそれを認識していなかったことを認定することによって、「被害者がまだ生きていた」という事実を基礎にして判断すべきことを示したものである。そのうえで、「被告人の前記のような加害行為により被害者が死亡するであろうとの危険を感じるのであることはいづれも極めて当然」と判示し、一般人を基準とすれば殺人の危険を感じるので不能犯とはならないことを示している。

たしかに、本判決は、「被害者が死亡していた」という鑑定を採用したのであるから、客観的危険説を徹底する立場からは不能犯とされる。そこで、一般人の危険感を援用して殺人未遂罪を肯定している以上、具体的危険説に依拠したという評価が生まれる余地が出てくる。

しかし、それにもかかわらず、本判決が具体的危険説を採用したと評価することはできない。なぜなら、本判決は、一般人の危険感の説明の前に、「被害者の生死については専門家の間においても見解が岐れる程医学的にも生死の限界が微妙な案件であるから」と判示している。決して、行為当時の行為者の位置に一般人を立たせたとき「被害者が生きているように見えた」から危険性を肯定したわけではない。あくまでも、専門家の間でも生きているか死んでいるかについて見解が分かれるほど生死の限界が微妙であったから、すなわち、科学的に判断しても、生きている可能性が十分あったから殺人未遂罪の成立を認めているのである。一般人の危険感の判断の前に、科学的な危険性判断をしていること自体、具体的危険説の判断構造とは明らかに異なる。

したがって、本判決は、徹底した客観的危険説でも具体的危険説でもない第3の考え方をとるものといえよう。

(4) 区別基準に関する判例実務の思考枠組み

以上のように、個々の判例の判断構造をみる限り、「判例は、かつては絶対的不能・相対的不能区別説をとっていたが、その後は、具体危険説に親和的な判断をしており、近時の下級審裁判例では具体的危険説に依拠したものが多いという指摘」は必ずしも正鵠を得たものではない。

判例が、徹底した客観的危険説を採用しているわけではないことは、[判例5]、

[判例6]、[判例7]、[判例10] などから明らかである。これらは、客観的に存在する事実を抽象化することによって危険性を判断しているからである。

判例が具体的危険説に親和的という見方が生まれたのは、第1に、判例の結論が徹底した客観的危険説から説明することが困難であること、第2に、判例が一般人の危険感を援用することがしばしばあること、の2つの理由によるものであろう。

このうち、第1の点、すなわち、客観的危険説から判例の結論を説明することは困難であるという指摘自体は正しく、とりわけ客体の不能のケースについてそのことはたびたび指摘されている。しかし、そのことから、二者択一式に具体的危険説に親和的という結論に至るのは論理に飛躍がある。客観的危険説でも具体的危険説でもない第3の考え方をとっている可能性があり得るからである。

また、第2の点も、一般人の危険感を不能犯を否定する説明として用いたから具体的危険説と親和的であるとするのも飛躍がある。たしかに、具体的危険説は、一般人の認識可能な事情を危険性判断の基礎とし、かつ、一般人の危険感を基準に危険性を判断している。しかし、果たして判例が一般人の目線だけで危険性を判断しているかという決してそうではない。一般人の危険感を援用する判決も、科学的な危険性を認定せずに一般人からみた危険感だけで未遂犯を肯定したものはないからである。

具体的危険説の本質的特徴は危険性の事前判断にある。事前に判断するからこそ、事後に判明した客観的事情ではなく、行為時に一般人に認識可能な事情を危険判断の基礎とすることになるし、行為規範性から行為時に一般人が危険の有無を判断できるものでなければならないから、科学的な法則知識ではなく、一般人の危険感を基準として判断すべきだということになる。しかし、判例実務では、結果が不発生の場合には不発生の原因を科学的に究明するために専門家に「鑑定」を依頼することが多い。これは、事後的・科学的観点から危険性の有無を判断するものであって、具体的危険説とは根本的に異なる発想によるものといえる。

客観的に存在する事実を危険判断の基礎とし危険性を科学的経験法則にしたがって事後的に判断することが客観的危険説の本質的特徴であるとするなら、判例はむしろ客観的危険説に親和的であるといってもよい。

例えば、教室設例としてよくあげられる「マネキン人形発砲事例」を考えてみよう。ある行為者が深夜デパートの洋服売り場に財物奪取目的で侵入したところ、暗

闇で店員らしき人影がみえたのでその人影に向けて殺意をもってけん銃を発射したところ、店員らしき人影は実はマネキン人形であり、弾丸は人形に命中し人形が損壊したという事例において、客観的に存在したのはマネキン人形であるが、行為者にとっては、暗闇のため人形が人間に見え、一般人にも人間に見えた可能性があったとすれば、具体的危険説によれば危険の存在が肯定され、殺人未遂罪が成立することになる。しかし、判例実務は、この事例を殺人未遂罪とすることはまずないであろう。なぜなら、判例は、まず科学的観点から結果不発生の原因を究明するところ、殺害結果が発生しなかったのは客体がマネキン人形だったからであり、深夜の洋服売り場に店員が立っていることは通常あり得ないことなので、一般人がどのように思うが、人が死ぬ客観的な危険性は認められないからである。このように考えると、判例は具体的危険説に親和的であるとはとてもいえないことがわかる。

それでは、判例実務における危険判断の構造はどのようなものであろうか。いくつかの判例・裁判例に示された考え方を整理すると次のようなものとなる。

第1に、結果不発生の原因を科学的に究明するために、鑑定等によって行為の客観的・科学的危険性を十分に解明する。そこでは、事後的に判明した客観的に存在するすべての事情が検討の対象となる。

第2に、第1の判断結果を踏まえ、いかなる事情があれば結果が発生し得たか、その事情が生じる可能性・蓋然性がどの程度あるかを判断する。すなわち、現実には結果は発生していないのであるが、科学法則にしたがえば、結果が発生する可能性があり得たかを判断する。結果が発生する可能性が科学的観点からあり得ないのであれば不能犯、あり得たといえれば未遂犯に振り分けられる。

判例が古くは絶対的不能・相対的不能区別説を採用していたと評されたのは、判文に「絶対的に不能であるから不能犯である」とか「絶対的に不能であるとはいえないから未遂犯となる」という説明文言が使われたからである。絶対的不能・相対的不能区別説に対しては、基準が曖昧であるという批判がなされている。たしかに、絶対的不能か相対的不能かの区別は、判断の基礎となる事実をどの程度抽象化するか、あるいは、絶対的不能の「絶対」をどの程度緩和するかによって結論は変わり得る。しかし、判例は、およそ客体が存在する可能性があり得ない場合や方法が本質的に不可能な場合を不能犯とするだけで、行為時にたまたま客体が不存在であっても存在する可能性があり得る場合やたまたま方法に瑕疵があってもそれが

本質的な欠陥ではない場合は結果が発生する可能性があり得たとして未遂犯としており⁽²¹⁾、前者を絶対的不能、後者を相対的不能と説明するに過ぎないのであれば、特に問題にするには及ばない。

このような観点から危険の有無を判断した後、判例の中には、第3に、当該行為に対する一般人の危険感を援用するものがある。それは、結果が発生する可能性が科学的観点からあり得る場合に、経験的な観点からもそれがあり得ることを説明するために、社会通念に照らしても結果発生の可能性があり得ることを説明するためであろう。[判例9]の「一般社会に認められている」や[判例10]の「普通予想し得べき事実」などの文言はそのようなものとして理解できる。

以上のように、判例・裁判例では、事後的判断を基軸として、客観的に存在した事実から出発し、その事実をどのように変えれば結果が発生しえたかを考え、そのような仮定的事実が存在する可能性が科学的経験法則を基準に肯定されると、結果発生の可能性が認められ不能犯ではないことが確認されるのである。

このような判例の判断枠組みを理論化し学説として提唱されたのが、山口厚教授の修正された客観的危険説である⁽²²⁾。すなわち、まず、①結果が発生しなかった原因を解明し、事実がどのようなものであったら、結果が発生しえたであろうかを科学的に解明する（仮定的事実の解明）。次に、②このようにして結果をもたらしたはずの仮定的事実がありえたであろうかを事後的に判断する（仮定的事実の存在可能性）。この仮定的事実の存在可能性は一般人の事後的危険感を基準として判断される。そして、そのような仮定的事実が十分あり得たといえる場合には、事実の抽象化が肯定され、危険が肯定されることになる⁽²³⁾。

これは、危険判断の基本は事後的な科学的判断を基礎に置くべきであり、それを否定する具体的危険説は危険判断の在り方として適切ではないとしながらも、事後的な科学的判断を突き詰めると未遂犯はすべて不能犯になりかねないという客観的危険説の問題点を克服するために、客観的に存在する事実を仮定的事実置き換えることによって事実の抽象化を図るものであり、客観的危険説を基調としながらもそれに修正を加えたもので、今日、学説としても有力な支持を集めている⁽²⁴⁾。

(21) 前田・前掲注(8)『刑法総論講義[第6版]』114頁。

(22) 山口厚『危険犯の研究』（東大出版会、1982年）164頁以下。

(23) 山口・前掲注(10)『刑法総論[第3版]』290頁

(24) 西田典之『刑法総論[第2版]』（弘文堂、2010年）311頁、佐伯・前掲注(8)『刑法総

この見解は、仮定的事実の存在可能性を危険性の判断基準とするので仮定的蓋然性説とも呼ばれている。

この見解に立って判例・裁判例の事案を検討すると、例えば、[判例 6] では、結果不発生の原因は製造工程自体は適切であったが触媒の薬品の使用量が不足していたために覚せい剤を製造することができなかった点に求められ、触媒の薬品が使用量の 2 倍量ないし 3 倍量であったならば覚せい剤の製造が可能であったことから、触媒の薬品が使用量の 2 倍量ないし 3 倍量であったということが仮定的事実とされ、そのような事実があり得たといえれば危険性が肯定され、覚せい剤製造未遂罪が成立することになる。これに対し、[判例 3] では、結果不発生の原因が、覚せい剤製造の主原料が真正なものでなく、それを使用しても覚せい剤を製造することがおそできなかったのであるから、仮定的事実は真正な主原料の使用となるが、それは当該事情では存在可能性が認められないので不能犯となるのである。

このような仮定的蓋然性を問題とする見解に対しては、仮定的事実の存在可能性を問うが、それは仮定的事実を判断基底に置く点で事前判断であるとか⁽²⁵⁾、結果的にせよ事前判断に依拠する具体的危険説に限りなく接近する⁽²⁶⁾という批判がある。

しかし、この見解は、危険性の判断対象となる事実を仮定的事実に置いているわけではなく、あくまでも客観的に存在した事実を基礎としており、その事実を基礎として法益侵害の可能性があるか否かを判断しているので⁽²⁷⁾、あくまでも事後判断であって、事前判断であるという批判は妥当しない。

論の考え方・楽しみ方』350 頁、和田俊憲「未遂犯」山口厚編『クローズアップ刑法総論』（成文堂、2003 年）198 頁以下、高橋・前掲注（9）『刑法総論 [第 3 版]』400 頁、松原・前掲注（9）『刑法総論 [第 2 版]』336 頁、佐藤拓磨「未遂犯と実行の着手」（慶應義塾大学出版会、2016 年）79 頁以下、小林憲太郎「実行の着手について」判例時報 2267 号（2015 年）9 頁以下など。

(25) 山中敬一『刑法総論 [第 3 版]』（成文堂、2015 年）788 頁。

(26) 中山研一『刑法の論争問題』（成文堂、1991 年）162 頁、曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016 年）487 頁。

(27) 内山良雄教授も、「現実存在した客観的事実を前提として、事実があとどのくらいズレていたら結果が発生したか、そのズレが現実が生じる可能性があったか否かを問題にしているのであって、仮定的事実は判断基底ではなく存在可能性を問う対象なのである」と指摘している（内山良雄「未遂犯総説」曾根威彦・松原芳博編『重点課題刑法総論』（成文堂、2008 年）197 頁）。

この見解が、判例の判断枠組みと同一であるか否かはさらなる検討が必要であるが、判例実務の考え方に最も近い見解であることにはちがいない。この見解は、事案の解決としては、具体的危険説に依ったときと同じ結論に至ることもあるが、事後的な科学的判断を基調とする点で具体的危険説とは根本的に異なる。判例の現状を客観的・中立的な立場から評価するならば、判例は客観的危険説と具体的危険説との中間に位置する修正された客観的危険説に最も親和的であるとみるのが適切であろう。もちろん、同説に立てばすべて問題が解決するわけではなく、仮定的事実の設定基準や仮定的事実の存在可能性の判断方法⁽²⁸⁾について明確な基準を確立することが必要であるが、本稿は、実務刑法学の視点から、判例の状況を客観的に分析することに主眼を置いているので、その問題は本稿の射程の範囲外の課題である。今後の検討課題としたい。

3 不能犯と実行の着手の関係

(1) 不能犯と未遂犯の関係に関する学説状況

不能犯と実行の着手との関係をどのように解するかについてはかねてから議論がある。学説の中には、実行の着手と不能犯とを別個の原理で処理する見解もある。

例えば、曾根威彦教授は、実行の着手を行為の危険性の問題として具体的危険説の立場に立ち、不能犯を結果としての危険の問題と位置づけ客観的危険説を採用する。そのため、[判例 11] のような死体に対する殺人行為を行った場合、当該行為につき生命侵害の一般的危険性は認められるので殺人罪の実行の着手は肯定されるが、当該客体との関係において法益侵害の具体的危険が発生していないので、不能犯として不可罰となる⁽²⁹⁾。

しかし、不能犯と実行の着手を全く別個の問題と理解する立場は少数説であり、

(28) 前述のように仮定的事実の存在可能性の判断基準を一般人の事後的危険感に求めることに対しては、佐伯教授が既に指摘されるように（佐伯・前掲注（8）『刑法総論の考え方・楽しみ方』351頁）、事後的科学的判断によるべきであろう。

(29) 曾根威彦『刑事違法論の研究』（成文堂、1998年）231頁以下、同・前掲注（26）『刑法原論』462—463頁。

通説は、実行の着手と不能犯は表裏の関係にあると理解している。

例えば、実行の着手につき実質的客観説をとり、不能犯につき客観的危険説をとる村井敏邦教授は、実行の着手と不能犯は共に未遂犯の処罰根拠の問題であり、両者は表裏の関係にあると指摘される⁽³⁰⁾。

また、実行の着手につき折衷説をとり、不能犯につき具体的危険説をとる野村稔教授も、実行の着手と不能犯の関係は表裏の関係にあり、実行の着手があるという判断には不能犯ではないという判断が併せ含まれており、不能犯論は実行の着手論の1つのマイクロコスモスであると主張される⁽³¹⁾。

さらに、実行の着手につき実質的客観説をとり、不能犯につき修正された客観的危険説をとる佐伯仁志教授も、「不能犯の問題と実行の着手の問題が、未遂犯として処罰に値する危険が認められるかどうかという同じ問題であることからすれば、実行の着手で必要とされる現実的危険性は、不能犯の問題においても同じように必要とされるべきである。そうすると、絶対にあり得ないわけではない、といった程度の危険ではなく、ある程度高度の現実的な可能性が認められなければならない」と主張される⁽³²⁾。

このように、実行の着手論と不能犯論とは同一平面の問題であり、いずれも未遂犯の処罰根拠から統一的に説明されるべき問題であるというのが一般的な理解である⁽³³⁾。これによれば、不能犯であれば実行の着手が否定され、不能犯でなければ実行の着手が肯定されることになる。

これに対し、最近では、実行の着手論と不能犯論とはその役割が異なるので別個のものとしてとらえるべきであるという見解も有力に主張されている。

例えば、佐藤琢磨教授は、実行の着手の基準の問題と不能犯論における可能性判断としての危険性判断は区別されるべきであり、そのため「不能犯論と実行の着手論とは完全に重なり合うものではなく、両者に不整合があつてしかるべきだ」と主

(30) 村井敏邦「不能犯」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開 総論』（日本評論社、1990年）172頁。

(31) 野村稔「未遂犯の処罰根拠—実質的客観説（折衷説）の立場から—」現代刑事法2巻9号（2000年）33頁、同・前掲注（4）『未遂犯の研究』294頁。

(32) 佐伯・前掲注（8）『刑法総論の考え方・楽しみ方』351頁。

(33) このような観点から、和田俊憲教授は、実行の着手論と不能犯論の問題領域を統一的に解決しようと試みる（和田・前掲注（24）「未遂犯」188頁以下）。

張する⁽³⁴⁾。

また、樋口亮介准教授は、「実行の着手は犯罪実現意思からみた最終的作為からどの程度の前倒しが可能か、また、どの程度後ろ倒しを要するかという問題領域と位置づけられる。これに対して、不能犯論は、既遂構成要件が充足される可能性という意味での危険性を問題にする領域になり、実行の着手論とは別個のものとして二元的に整理される」と主張する⁽³⁵⁾。

この点、判例は実行の着手と不能犯の関係をどのようにとらえているのかは必ずしも明らかではない。しかし、未遂犯の成立要件が実行の着手である以上（43条本文）、不能犯とされる場合は実行の着手が否定されることになる。しかし、不能犯にならなければ直ちに実行の着手が認められるのであろうか。この問題は、実行の着手に要求される危険性と不能犯を否定するために要求される危険性が同じものか否かによって決せられる。佐伯教授のように、不能犯にも「ある程度高度の現実的な可能性」が必要であると解するならば実行の着手論と不能犯論は完全に一元化することになる。しかし、他方、佐伯教授は、「判例の問題点は、事実の抽象化の程度が大きく、結果の発生が絶対にないとはいえない、という程度の極めて低い危険で未遂犯の成立を認める点にある」と述べ、判例において不能犯論の危険性は実行の着手論のそれよりも低いことを指摘している⁽³⁶⁾。

橋爪隆教授は「不能犯をめぐる問題においては、行為者が予定した行為がすべて行われたが結果が発生しなかったケースについて結果発生の危険性の存否が問われているのに対し、一般に『実行の着手』の存否として検討されている問題は、主として時間的な観点から、いかなる段階まで進んでいれば未遂犯の成立が肯定できるかという問題である」ため、両者を一応区別することが可能であると指摘している⁽³⁷⁾。不能犯論と実行の着手論が果たしている機能には相違がある以上、そこで要求される危険性の程度が同一でなければならない必然性はないといえよう⁽³⁸⁾。

(34) 佐藤琢磨「間接正犯・離隔犯の着手時期—着手論における切迫性・確実性の意義—」刑法雑誌 50 巻 2 号（2011 年）158 頁。

(35) 樋口亮介「実行行為概念について」山口厚＝佐伯仁志＝今井猛嘉＝橋爪隆編『西田典之の先生献呈論文集』（有斐閣、2017 年）33 頁。

(36) 佐伯・前掲注（8）『刑法総論の考え方・楽しみ方』353 頁。

(37) 橋爪隆「実行の着手について」法学教室 411 号（2014 年）110 頁。

(38) 樋口准教授も、不能犯における危険性について「全く無害な事象を刑罰の対象から排除するという要請からすると、高度の危険を要求する理由はない」とされる（樋口・前掲注

(2) 不能犯と実行の着手の相互関係

判例においては、「不能犯にはならないので、未遂犯となる」式の説明が判文の中に登場することがしばしばある。しかし、そうだとすると判例が「不能犯でないこと」と「未遂犯である」ことをイコールと考えているわけではないように思われる。たしかに、「不能犯でなければ未遂犯となる」ケースが多いのは事実である。しかし、不能犯ではないからといって常に未遂犯となるわけではない。

まず、不能犯か否かは、結果を発生する可能性があり得たかを問う問題である。なぜなら、結果を発生する可能性がおよそない行為は無害であるからこれを処罰しても法益の保護には無意味だからである。結果を発生する可能性がおよそない行為とは、危険性に質的欠陥があるため結果を発生させることが不可能な行為である。未遂犯として処罰するためには、前提として、行為自体の質に欠陥がないことを確認する必要がある⁽³⁹⁾。この確認こそは、未遂犯成立の必要条件である。

これに対し、実行の着手は、判例によれば、構成要件該当性に密接な行為を開始し、かつ、既遂に至る客観的な危険性が認められるときに肯定される⁽⁴⁰⁾。そして、既遂に至る客観的危険性の内容については、間接正犯の実行の着手時期をめぐる議論において判例が到達時説をとっていることから⁽⁴¹⁾、法益侵害の確実性だけでなく切迫性を要求しているとみられる。したがって、実行の着手は、未遂犯の成立を肯定する積極的要件であり、判例は、未遂処罰のラインを「既遂に至る客観的危険性」に求めているのである。このように、実行の着手の有無は、危険性の量が未遂処罰ラインに到達しているかという問題であり、未遂犯の成立の十分条件であるといえる。

(35) 「実行行為概念について」 34 頁。

(39) 佐藤琢磨教授は、「不能犯論とは、未遂犯として処罰可能な最低限のラインをどこに求めるかということをめぐる議論である」と指摘される（佐藤・前掲注（24）『未遂犯と実行の着手』 86 頁）。

(40) 最決平 16・3・22 刑集 58 巻 3 号 187 頁〔クロロホルム事件〕。判例における実行の着手の判断基準については、大塚裕史「実行の着手と未遂犯の成否—実行の着手時期」法学セミナー 754 号（2017 年） 84 頁以下。

(41) 判例は毒入り砂糖を歳暮の贈物として小包で郵送したが、相手方がその混入に気づきこれを使用しなかったという事案において、郵便配達人が当該小包を被害者方に配達したとき、すなわち、被害者が小包を受領したときに殺人罪の実行の着手を認めている（大判大 7・11・16 刑録 24 輯 1352 頁〔毒入り砂糖郵送事件〕）。

このように、不能犯論と実行の着手論の関係は、不能犯論は危険の質的問題、実行の着手論は危険の量的問題であり、不能犯にならないことが（危険の質において問題がないことが）未遂犯成立の必要条件、未遂処罰ライン（既遂に至る客観的危険性）に到達することが（未遂処罰に必要な量の危険を備えているかが）未遂犯成立の十分条件であると理解されるべきである。

以上のことを、比喩的に説明すると次のようになる。縦軸が危険の量を、横軸が時間の経過を示す座標を用意し、犯罪行為を開始した後、時間の経過とともに危険が高まっていく様子を直線で表すグラフを作成することにする。このグラフにおいて、通常の犯罪の場合は、行為を開始した後、時間が経過するとともに危険の量が増加するので「右上がりの直線」となる。もちろん、具体的な行為毎に傾きは異なるとしても、危険量は0からスタートし、いつかは未遂処罰ライン（既遂に至る客観的危険性）に到達し、さらに危険が高まり最終的に既遂処罰ライン（危険量100）に到達すると犯罪は完成する。この右上がりの直線が未遂処罰ライン（既遂に至る客観的危険性）に到達したとき、実行の着手が認められ、未遂犯としての処罰が可能となる。

これに対し、時間が経過しても危険性が高まらない例外的な場合もある。この場合、グラフは、原点を起点として右上がりの直線にはならず、「横軸と一致する直線」になる。これが不能犯である。横軸と一致する直線であるから、時間がいくら経過しても未遂処罰ラインに到達することはありえず、したがって既遂罪が成立することはおよそ不可能である。

未遂犯か不能犯かの区別は、このグラフにおいて「右上がりの直線」（未遂犯）になるのか「横軸と一致する直線」（不能犯）になるかの区別の問題である。そこで、不能犯になれば、横軸に一致する直線であるから（未遂到達ラインに達することができず）実行の着手が否定されることは当然であるが、不能犯にならないというだけでは、「右上がりの直線」になることが決まっただけであるから、それが未遂処罰ラインに到達しているかどうか、すなわち、実行の着手が認められるかをさらに検討しなければならない。なお、右上がりの直線（未遂犯）になるか横軸に一致する直線（不能犯）になるかの区別は、「傾き」があるか否かによって決まるので、危険の量が少なくとも危険が増加し得るものであれば不能犯であることが否定される。したがって、不能犯を否定し未遂犯になり得るということを肯定するのに必

要な危険は高度なものである必要はない。

こうして、結果不発生の事案の場合、まず危険に質的問題がないかどうかを確認し、問題があれば不能犯となり、なければ未遂犯の成否が問題となる。次に、危険の量が未遂犯処罰に必要な量（既遂に至る客観的危険性）に達しているか否かを確認し、未遂処罰ラインに達していれば未遂罪が成立し、達していなければ未遂犯は成立しない。

なお、不能犯とはならなかったときに実行の着手の有無を判断する場合、危険の量は、不能犯を否定する根拠となった事実（仮定的事実）が存在することを前提に判断する。

例えば、段ボール箱を開けると爆破する装置を被害者宅に郵送したという事例では、法益侵害の切迫した危険性が認められるのは、爆発物が被害者の支配領域に到達した時点、すなわち、郵送物の到達時点に殺人罪の実行の着手が認められる。そこで、この段ボール箱の爆破装置の導火線の接続部分にたまたま接触不良があったために段ボール箱が配達され被害者がこれを開けたにもかかわらず爆破しなかった場合、接触不良が存在しない可能性が高ければ不能犯とはならず、次に、実行の着手の有無を判断するときは、接触不良がなかったとして危険の量を確認すると、段ボール箱が到達した時点で既遂に至る客観的危険性が認められるので、殺人罪の実行の着手が肯定され、殺人未遂罪が成立することになる。

このようなケースでは、不能犯でなければ実行の着手を肯定することに支障がないので、不能犯でないことが確定すると未遂罪の成立が肯定されることになる。しかし、事案によっては、不能犯にならないことが確定しても、さらに実行の着手が認められるか否かを積極的に判断しなければならない場合もある。

例えば、「被害者から窃取したキャッシュカードを用いて ATM から現金を引き出そうと計画した行為者が、ATM にキャッシュカードを挿入し残高照会をしようとしたところ、キャッシュカードの磁気部分に異常があり残高照会できずに終わってしまった」という事例（事例 1）において、行為者に窃盗未遂罪が成立するであろうか。

まず第 1 に、磁気部分に異常のあるキャッシュカードを ATM に挿入して残高を紹介しようとする行為が、窃盗罪の不能犯となるかが問題となる。この点、修正された客観的危険説によれば、どうすれば結果を実現できたかを考え、現金の引き出

しを実現するためには磁気部分の異常がなければよかったのであるから、磁気部分に異常のないキャッシュカードを **ATM** に挿入することを仮定的事実として設定する。そして、このような仮定的事実が存在する可能性は十分あり得たといえる。なぜなら、キャッシュカードの磁気部分に異常がないのが一般であり、例えば磁気部分になぜ異常が生じたかを調べたところ、被害者がキャッシュカードを落として無意識のうちに踏んでしまったという事実があったとする。そうすると、本件キャッシュカードにはたまたま磁気部分の異常が発生していたが、特別の事情がない限り磁気部分に異常がないのが通常であるとする、本件カードには **ATM** に挿入した場合現金を引き出しうる可能性があったといえる。したがって、当該行為者がキャッシュカードを **ATM** に挿入した行為は、行為の性質から結果発生危険がおよそあり得ないという場合ではないので、不能犯とはならない。

しかし、そうだからといって、当該キャッシュカードを残高照会のために **ATM** に挿入した時点で直ちに実行の着手があるとはいえない。そのようなカードを残高照会のために **ATM** に挿入した時点で、既遂に至る客観的危険性があることを確認する必要がある。つまり、残高照会しか行っていない行為者に窃盗罪の実行の着手が認められるかがまさに問題となる。

ところで、本件で不能犯であることが否定されたのは、磁気部分に異常があるのは例外的な場合であって、磁気部分に異常がないのが通常であることから、結果発生の可能性が否定できないからである。つまり、磁気部分に異常がないということが仮定的事実となり、その事実の存在可能性が十分認められるので不能犯とはならない。

そこで、次にまだ払戻し行為を行う前の残高照会行為しか行っていない時点で窃盗罪の実行の着手が認められるかが問題となる。残高照会行為は窃取行為そのものではない。しかし、残高照会行為は、預金の払い戻しのために必要不可欠な行為であり（必要不可欠性）、残高照会後に同じ入力画面から払戻しに移行できる場合が多いし、仮に残高照会後に再度カードを入れ直して払戻しをしても、残高照会後に払戻しに移行する上で特に障害となるものはない（遂行容易性）。しかも、残高照会行為と払戻し行為は同じ場所で時間的にも極めて近接して行われる（時間的・場所的近接性）。したがって、残高照会行為と払戻し行為（窃取行為）には一体性が認められるので、残高照会行為は窃取行為に密接な行為であり、かつ、窃取

に至る客観的危険性が認められる。したがって、残高照会行為の時点で実行の着手を肯定することができるので、窃盗未遂罪が成立する。裁判所も、残高照会行為の時点で窃盗罪の実行の着手を肯定している⁽⁴²⁾。

それでは、「スリをしようとして被害者の背広のポケットにいわゆるあたり行為をしたところ、被害者はポケットに財布等金品を所持していなかったためにスリを諦めた」という事例（事例 2）において、行為者に窃盗未遂罪が成立するであろうか。

客体の不能に関する〔判例 10〕では、たまたま懷中物を所持していなかったとしても、通行人は一般的には懷中物を所持しているという経験的事実を根拠に不能犯を否定している。同様に考えれば、本事例も不能犯にはならない。

そこで、次に実行の着手の有無を検討すると、いわゆるあたり行為の時点では既遂に至る客観的危険性を認めることは困難である。たしかに、あたり行為はスリ行為を行う上で必要不可欠な行為であるし、あたり行為とスリ行為は時間的・場所的に近接しているといえる。しかし、あたり行為を終えれば何の障害もなくスリ行為に移行できるとは限らない。被害者に気づかれるかもしれないし、被害者が移動してしまうかもしれない。あるいは周囲の人の目があってスリ行為には移れないかもしれない。この点が、（事例 1）とは決定的に異なる。したがって、あたり行為とスリ行為の一体性を認めることができないので、あたり行為の時点で既遂に至る客観的危険性を認めることができない。それゆえ、（事例 2）においては実行の着手を認めることはできず、窃盗未遂罪は成立しない。

このように、不能犯であれば実行の着手は否定されるが、不能犯でないことが確定しても、そのことから直ちに未遂犯が成立するわけではない。未遂犯となるためには実行の着手が認められることの確認が積極的に必要である。

「不能犯論と実行の着手論は表裏の関係にある」という通説の理解には問題がある。前述のように、不能犯論は危険の「質」の問題を検討し、実行の着手論は危険の「量」の問題を検討する。不能犯論も実行の着手論もともに未遂犯の成否にかかわるものの、両者の守備領域は明らかに異なるといえよう。

（明治大学法科大学院教授）

(42) 名古屋高判平 13・9・17 高刑速報（平 13）号 179 頁。